

Publicato il 29/11/2017

N. 01091/2017 REG.PROV.COLL.
N. 01090/2017 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1090 del 2017, proposto da:
Samsung Electronics S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Albanese, Lara Bonoldi,
Antonio Zago, domiciliata ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del
Tar;

contro

Regione del Veneto, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avvocati Ezio Zanon, Emanuele Mio,
con domicilio eletto presso lo studio Ezio Zanon in Venezia,
Cannaregio 23;

Unita' Organizzativa Acquisti Centralizzati Ssr-Crav non costituito in
giudizio;

nei confronti di

Techosp S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Giorgio Trovato, Alessandro Pizzato, con domicilio eletto presso lo studio Elena Giantin in Venezia, San Marco 5134;

Dott.Ssa Aurelia Simona Bellometti, Dott.Ssa Silvia Visentin, Ing. Michele Tenan non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento della Regione Veneto, Unità organizzativa acquisti centralizzati SSR-CRAV, n. prot. 342886 in data 08.08.2017, comunicato in pari data, con cui è stata disposta l'esclusione di Samsung dal Lotto 10 della Gara d'appalto a mezzo procedura aperta per la fornitura di Ecografi per il fabbisogno alle Aziende Sanitarie della Regione Veneto;
- di tutti i verbali delle sedute della Commissione di Aggiudicazione, in seduta pubblica e riservata, dai quali consegue l'esclusione della ricorrente;
- del provvedimento di aggiudicazione n. 146 in data 08.08.2017, comunicato in pari data, a firma del Direttore dell'Unità Operativa Acquisti Centralizzati SSR – CRAV, con cui è stata disposta l'aggiudicazione del Lotto 10 anzidetto alla società Techosp s.r.l.
- del Bando, del Disciplinare di gara e del relativo Allegato 5 “criteri di valutazione”, nella parte in cui non hanno previsto sub pesi - sub criteri atti a limitare la discrezionalità della Commissione di Aggiudicazione in sede di applicazione della legge di gara nell'ambito dell'assegnazione dei punteggi di qualità nella prova pratica;

- del Bando e del Disciplinare di gara nella parte in cui non hanno individuato le regole per la nomina del Presidente della Commissione di Aggiudicazione, dei commissari e delle loro attività;
 - del decreto n. 39 in data 07.03.2017 e del relativo allegato A, con cui il Direttore dell'Unità Operativa Acquisti Centralizzati SSR - CRAV ha nominato la Commissione di Aggiudicazione, nonché - ove occorrer possa e se ed in quanto ritenuto lesivo dell'odierna ricorrente - del presupposto “Regolamento per la nomina delle commissioni di aggiudicazione per le procedure indette dall'U.O. Acquisti Centralizzati SSR in funzione di centrale di committenza e/o di soggetto aggregatore regionale”, approvato con decreto del Direttore della Direzione Risorse Strumentali SSR – CRAV n. 30 del 19/09/2016;
- nonché per la dichiarazione
- di inefficacia, nullità, annullamento, decadenza del contratto eventualmente stipulato nelle more del presente giudizio tra la Regione Veneto e Techosp con riferimento al Lotto 10;
- e per la condanna
- dell'Amministrazione resistente a disporre la riammissione di Samsung alla competizione, nonché la ripetizione della prova tecnica in ordine ai macchinari offerti per il Lotto 10;
 - in via subordinata, alla riedizione della procedura e delle operazioni di gara.
 - in via ulteriormente subordinata, con riferimento alla denegata ipotesi di mancato accoglimento delle domande come sopra formulate, condannare l'Amministrazione resistente al risarcimento del danno per equivalente nella misura che verrà determinata in corso di causa o, comunque, liquidata in via equitativa dal Giudice.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da TECHOSP S.R.L. in data 18.10.2017:

per l'annullamento

- del decreto n. 146 dell'8.8.2017, a firma del Direttore dell'Unità operativa acquisti centralizzati SSR-CRAV, limitatamente alla parte in cui detto provvedimento, confermando le risultanze della gara a procedura aperta per l'affidamento della fornitura di “Ecografi” per i fabbisogni delle Aziende Sanitarie della Regione Veneto, non ha disposto l'esclusione di Samsung Electronics Italia s.p.a. per il lotto n. 10 in ragione della non conformità del prodotto offerto alle caratteristiche tecniche minime stabilite nel Capitolato Tecnico;
- di tutti i verbali delle sedute della commissione di aggiudicazione, in seduta pubblica e riservata, sempre limitatamente alla mancata esclusione di Samsung Electronics Italia s.p.a. per le ragioni di cui sopra.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione del Veneto e di Techosp S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2017 il dott. Marco Rinaldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La presente controversia ha per oggetto la legittimità degli atti della procedura di gara per la fornitura di ecografi per uso ostetrico-

ginecologico (Lotto 10) indetta dalla Regione Veneto per soddisfare il fabbisogno delle locali Aziende Sanitarie.

Alla gara, da aggiudicarsi con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, hanno partecipato quattro concorrenti.

L'offerta presentata da Samsung è stata esclusa, unitamente ad altre offerte, per non aver raggiunto il punteggio minimo (6/12) previsto dal capitolato per la prova pratica sui pazienti, destinata a verificare la qualità tecnica del prodotto offerto: la stazione appaltante non ha proceduto alla valutazione degli aspetti economici di tale offerta, non avendo la stessa raggiunto, durante la prova pratica, gli standard qualitativi minimi richiesti dalla lex specialis.

Con il ricorso principale, la Samsung ha impugnato l'esclusione della propria offerta tecnica nonché l'aggiudicazione definitiva disposta in favore della ditta Techoshop., deducendo una pluralità di vizi di violazione di legge ed eccesso di potere.

Si è costituita la stazione appaltante illustrando il proprio operato e contrastando le avverse pretese, sia in rito che nel merito.

La controinteressata Techoshop ha proposto ricorso incidentale escludente e chiesto la reiezione del ricorso principale.

All'udienza pubblica in epigrafe indicata la causa è passata in decisione.

Va premesso che al presente giudizio è applicabile la disciplina di cui all'art. 120, commi 6 e 10, c.p.a., sicché la sentenza va redatta in forma semplificata.

Ragioni di economia processuale inducono il Collegio ad esaminare prioritariamente il ricorso principale proposto da Samsung.

Il ricorso è ammissibile in quanto notificato, entro il termine di 30 gg. previsto dall'art. 120 c.p.a., alla P.A. e ai controinteressati, inclusi i commissari di gara di cui è stata dedotta l'incompatibilità.

Sussiste l'interesse a ricorrere della Samsung, poichè quest'ultima ha proposto censure volte a travolgere l'intera procedura selettiva o ad ottenere la sua riammissione in gara, con ripetizione della prova pratica, che, se accolte, comporterebbero, in tutto o in parte, una rinnovazione delle operazioni di gara.

Nel merito il ricorso principale è infondato.

Vanno disattese le censure con cui la Samsung contesta le modalità di espletamento della prova pratica e i punteggi attribuiti alla propria offerta tecnica, con particolare riferimento al punteggio attribuito alla qualità della prova svolta sui pazienti (4,5 rispetto a un minimo di 6).

Com'è noto, nelle gare pubbliche da aggiudicarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nel valutare il pregio tecnico dell'offerta l'amministrazione esercita la cd. discrezionalità tecnica poiché chiamata ad applicare regole elastiche ed opinabili (cd. concetti giuridici indeterminati).

E, invero, nell'attribuire i punteggi all'offerta tecnica, l'amministrazione non applica scienze esatte che conducono ad un risultato certo ed univoco, ma formula un giudizio tecnico connotato da un fisiologico margine di opinabilità, per sconfessare il quale non è sufficiente evidenziare la mera non divisibilità del giudizio, dovendosi piuttosto dimostrare la sua palese inattendibilità.

Laddove non emergano travisamenti, pretestuosità o irrazionalità, ma solo margini di fisiologica opinabilità e non divisibilità della valutazione tecnico-discrezionale operata dalla P.A., il G.A. non può sovrapporre alla valutazione opinabile del competente organo della

P.A. la propria: diversamente opinando egli sostituirebbe un giudizio opinabile (quello della commissione giudicatrice) con uno altrettanto opinabile (quello del consulente o del giudice), assumendo così un potere che la legge riserva all'amministrazione.

Nel caso di specie, dalla lettura degli atti, non emergono profili di palese inattendibilità nella valutazione dell'offerta tecnica della ricorrente. Il giudizio formulato dalla commissione di esperti - pur opinabile come tutti i giudizi tecnici espressi dalle commissioni giudicatrici nell'ambito di procedure di gara da aggiudicarsi col metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa - non evidenzia profili di palese inattendibilità o illogicità manifesta, rientrando in quella soglia di fisiologica e ineliminabile opinabilità, cd. margine di elasticità, che si ritiene insindacabile.

La prova pratica sui pazienti si è svolta alla presenza di uno "specialist" della ditta ricorrente: non consta che quest'ultimo abbia contestato le modalità di svolgimento della prova nè segnalato irregolarità e anomalie o chiesto la verbalizzazione di condotte poste in essere in violazione della legge di gara: il lasso temporale intercorso tra lo svolgimento della prova pratica e l'attribuzione dei punteggi (circa 45 giorni) non appare irragionevole, considerato che la commissione giudicatrice è stata chiamata a valutare anche le offerte presentate nei lotti 9 e 11 e che il Presidente della commissione ha ricoperto analogo incarico per tutti i 10 lotti in cui è stato suddiviso l'appalto.

Priva di pregio è, altresì, la censura con cui la Samsung si duole della mancata previsione di sub-pesi e sub-punteggi per ciascun criterio di valutazione qualitativa dell'offerta.

Come precisato da Consiglio di Stato n. 5245/2017 “nelle gare di appalto da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, la mancata previsione di sub-pesi e sub-punteggi per ciascun criterio di valutazione qualitativa dell’offerta non è indice di indeterminatezza dei criteri di valutazione; ciò in quanto la possibilità di individuare sub-criteri è meramente eventuale, com’è palese dall’espressione «ove necessario» dell’art. 95, comma 8, del codice dei contratti pubblici. La scelta operata dall’Amministrazione appaltante, in una procedura di aggiudicazione con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, relativamente ai criteri di valutazione delle offerte, ivi compreso il peso da attribuire a tali singoli elementi, specificamente indicati nella lex specialis, e ivi compresa anche la disaggregazione eventuale del singolo criterio valutativo in sub-criteri, è espressione dell’ampia discrezionalità attribuita dalla legge per meglio perseguire l’interesse pubblico; e come tale è sindacabile in sede di legittimità solo allorché sia macroscopicamente illogica, irragionevole ed irrazionale e i criteri non siano trasparenti ed intelleggibili, non consentendo ai concorrenti di calibrare la propria offerta”.

Infondate sono anche le doglianze con cui la ricorrente lamenta l’incompetenza dei singoli commissari e/o la loro incompatibilità.

Quanto alla competenza, giova al riguardo premettere, in linea di diritto, che:

- la regola fissata dall’art. 77 del d.lgs. n. 50 del 2016, per la quale i componenti della commissione di gara vanno scelti fra soggetti dotati di competenza tecnica adeguata alle peculiarità dello specifico settore interessato dall’appalto da assegnare, costituisce espressione di

principi generali, costituzionali e comunitari, volti ad assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa;

- il requisito enunciato dall'art. 77 del d.lgs. n. 50 del 2016 dell'esperienza «nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto» deve essere inteso in modo coerente con la poliedricità delle competenze spesso richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, non solo tenendo conto, secondo un approccio formale e atomistico, delle strette professionalità tecnico-settoriali implicate dagli specifici criteri di valutazione, la cui applicazione sia prevista dalla *lex specialis*, ma considerando, secondo un approccio di natura sistematica e contestualizzata, anche le professionalità occorrenti a valutare sia le esigenze dell'Amministrazione, alla quale quei criteri siano funzionalmente preordinati, sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali gli stessi siano destinati ad incidere;

- non è, in particolare, necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente della commissione aggiudicatrice copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea.

Alla luce di tali coordinate ermeneutiche, che devono orientare l'applicazione dell'art. 77 del d.lgs. n. 50 del 2016, ritiene il Collegio che, nel caso di specie, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto (fornitura di ecografi), la commissione di gara - composta dal Direttore Sanitario, da un Dirigente medico in Ginecologia e Ostetricia e da un ingegnere - possedesse, nel suo complesso, le

competenze necessarie per valutare la qualità dei prodotti offerti. La presenza, in seno alla commissione giudicatrice, di componenti portatori di diverse esperienze professionali, sia di natura gestionale ed amministrativa, sia di natura tecnico-informatica, rispondenti, in un rapporto di complementarità, alle esigenze valutative imposte dall'oggetto della gara d'appalto, deve ritenersi idonea a garantire che il patrimonio di cognizioni della commissione, nel suo insieme, fosse idoneo ad affrontare la complessa attività valutativa richiesta.

La circostanza che i commissari, nell'ambito della loro attività professionale o scientifica, abbiano utilizzato ecografi del tipo di quelli offerti dalla controinteressata non costituisce causa d'incompatibilità né tale incompatibilità può ravvisarsi nel fatto che il Direttore Sanitario abbia deliberato il noleggio di prodotti della controinteressata nell'ambito di altre procedure selettive: le cause d'incompatibilità sono, infatti, tassative e insuscettibili d'interpretazione estensiva o applicazione analogica.

Per quanto sin qui esposto il ricorso principale va rigettato, con conseguente declaratoria di improcedibilità per sopravvenuta carenza d'interesse del ricorso incidentale: la complessità delle questioni trattate suggerisce tuttavia la compensazione delle spese di lite, in deroga alla regola generale della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, respinge il ricorso principale e dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Rovis, Presidente

Marco Rinaldi, Referendario, Estensore

Michele Pizzi, Referendario

L'ESTENSORE

Marco Rinaldi

IL PRESIDENTE

Claudio Rovis

IL SEGRETARIO